

# 行動の自由に対する侵害犯としての 公務員職権濫用罪

江 藤 隆 之

## I 問題の所在と本稿の目的・方法

- (1) 問題の所在
- (2) 本稿の目的
- (3) 本稿の方法

## II 学説の状況

- a) 意思抑圧モデル
- b) 権利侵害モデル
- c) 拡張意思抑圧モデル
- d) 整理

## III 判例の状況

- (1) 紹介
- (2) 分析
  - a) 判例は職権濫用に何を求めているのかという問題
  - b) 相手方の意思への働きかけを要求していないことの確認
  - c) 判例が明文で職権濫用に求めているもの
  - d) 意思抑圧と判例が求めるものとの差への問い
  - e) 他人の行動制御の典型例は意思への働きかけであることの再確認
  - f) 公務員に可能な法的強制
  - g) 判例からの示唆——事実上の他人の行動制御

## IV 自由主義の原理からの正当化

## V 既遂時期に注目した判例の再検討

## VI いくつかの帰結

- a) 職権の濫用
- b) 職務行為への仮託
- c) 既遂

d) 罪数

e) 法益

f) 立法論

## VII 結語

キーワード：職権濫用，国家的法益，個人的法益，行動の自由，自由に対する罪

## I 問題の所在と本稿の目的・方法

### (1) 問題の所在

圧倒的に通説的な見解によれば，公務員職権濫用罪（刑法193条）の保護法益は2元的である。すなわち，本罪の保護法益は，国家の作用の適正でないしそれに対する国民の信頼という国家的法益であるとともに，濫用の相手方となる個人の自由という個人的法益である。この両法益の関係をどうみるかについて，見解の対立がある。本罪を主として個人的法益に対する罪として理解する見解<sup>(1)</sup>，第1次的に国家的法益に対する罪・第2次的に個人的法益に対する罪として理解する見解<sup>(2)</sup>，両者は並列的であると解する見解<sup>(3)</sup>などの対立がそれぞれである。

ところで，本罪は，「職権を濫用」したことと「人に義務のないことを行わせ，又は権利の行使を妨害」したことの両者があってはじめて成立することは条文上明らかであるから，結局のところ国家的法益に関する側面と個人的法益に関する側面とがそれぞれ要求されることになり，そうであればその両者の関係は「職権を濫用」することと「人に義務のないことを行わせ，又は権利の行使を妨害」することの解釈論に帰するといった指摘もある。たとえば，山口厚は，「学説においては，どちらの法益が『主であるか』という議論も行われているが，双方の法益の侵害がない限り職権濫用罪は成立しない（片方の法益の侵害だけでは十分な当罰性がない）こと<sup>(4)</sup>にかわりはないという意味では，意味のある議論ではない」と指摘し，島田聡一郎もまた，「本罪をめぐる解釈論において，保護法益論は，その指針となっていない」という<sup>(5)</sup>。

このような状況にあって、本稿は、刑法各則のそれぞれの罪について保護法益を確定することは重要であるという点において保護法益をめぐる議論の重要性を承認しつつ、保護法益をいかに導き出すかの方法論においては、実定法の規定の解釈と理念の双方に支えられる議論が必要であると考ええる。したがって、本稿は以下のとおり目標を、次のとおりの手法によって達成することにしたい。

## (2) 本稿の目的

本稿は以下の目的を有する。

第1に、本罪は職権濫用行為を通じて個人的法益たる行動の自由を侵害する構造を有していることを明らかにする。すなわち、職権濫用行為（これだけでは現行法上不可罰）を手段とする、個人的法益に対する侵害犯としての理解である。

第2に、本罪の行為として公務員による相手方の——意思ではなく——行動の選択肢に働きかける程度の職権濫用行為が必要であることを明らかにする。その結論として、本罪における「職務権限」は「相手方の行動に影響を及ぼすべき権限」であり、「相手方の行動選択に影響を与えうる程度の職権の濫用」が行われることが必要であることを示す。この行為が行われた段階で、本罪の未遂（現行法上不可罰）が理論的に成立することを主張する。

第3に、本罪の既遂犯成立のためには、相手方が現に義務のないことを行われ、または権利の行使を妨害されたことを要することを明らかにする。これが認められてはじめて個人的法益に対する侵害犯となるからである。

第4に、諸判例に対する批判的結論を提示する。いくつかの事例においては未遂を処罰したと考えられるものが見受けられることを指摘しながら批判する。

第5に、本罪と強要罪との共通の理念としての自由主義の原理を簡潔に示す。

### (3) 本稿の方法

そのために以下の方法を採用。

第1に、学説の状況を概観する。その目的は、学説がどのような議論状況にあるかを示すことにある。

第2に、判例を紹介し、それを分析することによって、判例は学説の議論状況とは異なる観点を有していること、すなわち判例が問題にしているのは学説が問題としている相手方の意思への働きかけの有無ではなく、法的強制も含む相手方の行動選択肢への働きかけの有無であることを明らかにする。

第3に、実定法の規定を前提にしながら、可能的な行動選択肢への働きかけと現実的な行動選択への働きかけを区別し、他の類似犯罪の構造を参考にしながら、本罪における未遂（個人的法益に対する危険）と既遂（個人的法益に対する侵害）とを描写し、前者の段階では現行法上不可罰にとどまり、後者にいたってはじめて処罰が可能であることを示す。

第4に、再び判例に戻り、上記で明らかになったことから、判例の結論の当否を検討する。

第5に、以上をまとめることによって、本罪が最終的に保護するものは個人の自由であり、本罪の本質は個人の行動の自由に対する侵害犯であることを明確にする。もちろん、本罪の手段は国家作用の適正・公務への信頼が害される危険のある行為であるから、国家的法益に対する罪の側面があることは否定しない。しかし、本罪の規定上、国家的法益への侵害ないし危険があったとしても、個人的法益の侵害がなければ本罪は成立しない<sup>(8)</sup>ため、国家的法益の側面は重要ではない。

## II 学説の状況

本罪の本質に関する学説上の議論で最も活発なのは、職権濫用が相手方の意思に働きかける必要があるか否かについてである。というのも、相手の意思への働きかけの要否は、強要罪との関係、いかなる職権濫用行為が<sup>(9)</sup>

必要か、相手方のいかなる権利侵害を想定するかのすべてに関連するからである。<sup>(10)</sup><sup>(11)</sup>

#### a) 意思抑圧モデル

相手の意思に働きかけることを必要とする見解のうち、相手方の意思を抑圧する程度の職権濫用が必要であるとする見解を意思抑圧モデル<sup>(12)</sup>と呼ぶ。

意思抑圧モデルは、本罪と強要罪の規定形式の同一性<sup>(13)</sup>をもって、本罪の成立のためには相手方の意思抑圧が必要であるとする。たとえば、「強要罪を定める223条と同様に、『人に義務のないことを行わせ又は権利の行使を妨害したときは』と定めており、その規定形式からすると、文理上、相手方の意思に働きかけ、これを抑圧して一定の作為・不作為を強要することが、職権濫用行為の本質的要素として把握されるので、職権濫用行為は、相手方に職権の行使であるということを認識させるに足りる外観を有し、かつ、相手方の意思に働きかけ、影響を与えるものに限られる」とする見解がこれである。<sup>(14)</sup>

この見解は、犯罪の輪郭を明確にし、処罰範囲を限定するのに利点がある。仮に本罪の成立のために意思抑圧が必要でないとすれば、「公務員の職務遂行に伴うあらゆる不当な行為を包括するオールマイティの処罰規定となり、もはや犯罪『類型』ではなくなる」<sup>(15)</sup>との指摘もあり、本見解には一定の合理性が認められる。

しかしまた、意思抑圧モデルによるとその犯罪成立範囲が狭まりすぎる問題が指摘<sup>(16)</sup>されている。そこで、処罰範囲を広くとる権利侵害モデルを見てみよう。

#### b) 権利侵害モデル

権利侵害モデルは、職権の濫用が行われ、個人の権利が侵害されたならば本罪の成立に十分であるという。このモデルは、本罪と強要罪との共通性を小さく見積もる見解であるともいえよう。

たとえば、西田典之は、「強要罪において相手方の意思の自由の制圧が要件となるのは、その手段が暴行・脅迫であることによるものであるから、

本罪についても同様に解すべき必然性はない」として強要罪と本罪との必然的つながりを否定したうえで、「職権行使の外観や相手方の認識がない場合でも、事後的に公務員により職権を濫用して違法・不当な行為が行われたことを国民が知れば、公務執行の適正に対する国民の信頼は侵害されるのである<sup>(17)</sup>」という。高橋則夫は、「本罪は、国民に対し法律上または事実上の不利益を生ぜしめる特別の権限を付与されている公務員が、その権限を濫用して国民の自由、権利を侵害した場合を処罰するものである。したがって、国民の権利、自由を侵害する不利益を生ぜしめるような権限の不法な行使が認められる限り、濫用行為を認めることができる。したがって、それが職権行為としての外観を備えているか、相手方の意思に働きかけそれに影響を与えるものであるかは問わないと解すべき<sup>(18)</sup>」であるという。大谷實は、「本罪は、国民に対し法律上または事実上の不利益を生ぜしめる効力を有する特別の権限を与えられている公務員が、その権限を濫用した結果として国民の利益を侵害した場合を処罰し、もって公務の適正と個人の利益の保護を図ろうとするものであるから……それが職権行為としての外観を備えているか、相手方の意思に働きかけそれに影響を与えるものを問うものではない<sup>(19)</sup>」としている。

しかし、権利侵害モデルをとると、「興味本位でタレントの個人情報を見た社会保険庁の職員や、私的な目的で元受刑者の身分帳簿を閲覧した刑務所の所長も、自己の権限を濫用してプライバシーを侵害したものとして本罪に問われることになろう。しかし、これらの場合には、服務規程違反として懲戒処分に付し、あるいは、その情報を外部に漏らした時点で秘密漏示罪（国公法100条1項・2項、109条12号）に問えば足りるのであって、情報に接した時点で刑罰の対象とするのは行き過ぎであろう<sup>(20)</sup>」との批判が向けられている。

また、条文上の「人に義務のないことを行わせ、また権利の行使を妨害した」との文言から逸脱しているのではないかとの疑問も払拭できない。

#### c) 拡張意思抑圧モデル

拡張意思抑圧モデルは、意思抑圧モデルを基本としながらも、その意思

の抑圧の程度を職権濫用行為自体が人に心理的影響を及ぼすものでなくとも、法的・事実に効果として人に作為・不作為を受忍させるものであれば足りるとする見解である。<sup>(21)</sup>それは、このような受忍強制があれば、193条の「人に義務のないことを行わせ、また権利の行使を妨害した」という文言に包摂することが可能であり、間接的に意思決定・意思活動の自由を害するともいえるからである。また本罪が「暴行・脅迫を手段とする強要罪よりも軽微な意思抑圧が想定されていること」<sup>(22)</sup>も本見解を支持する理由となろう。

#### d) 整理

意思抑圧モデルは強要罪との共通性を強調し、権利侵害モデルは本罪の独自性を強調するものである。拡張意思抑圧モデルは、強要罪との共通性を認めつつ、両罪の行為態様の相違から意思抑圧の程度を法的・事実に受忍強制にまで緩和するものである。このように、意思抑圧の有無・程度の問題は、強要罪との関係をめぐる議論であるといえる。<sup>(23)</sup>本罪と強要罪との関係をどのようにとらえるかが重要なポイントとなってくるのである。

となれば、現在の学説の考察状況は、本質の一面を突きながらも、重要な点を整理しないまま議論が進められてきたといわなければならない。それは、強要罪が、未遂処罰規定を有する侵害犯であるということ、すなわち実行行為と既遂到達とに時間的・概念的に差がある犯罪であるということである。強要罪においては、強要の故意をもって（一定の自由を侵害する危険を有する）暴行・脅迫行為が行われれば未遂犯であり、強要行為と因果関係のある相手方の自由侵害があれば既遂犯である。これに対して本罪は、未遂処罰規定を持たない犯罪である。つまり、既遂到達と犯罪成立が等しいことになる。そのため、職権濫用行為をめぐる議論は、実行行為ないし「未遂（いまだ不可罰）」をめぐる議論にとどまるものであり、それだけでは犯罪の成否に直結する議論とはならないといえる。たとえば、国家的法益を本罪の保護法益のひとつであるとし、警察官による盗聴行為をして国家作用の適正を傷つけ信頼を危険に晒す本罪の実行行為たる職権濫用行為に当たると仮に解するとしても、「人に義務のないことを行わせ、

また権利の行使を妨害した」に当たるか否かという既遂到達・犯罪成立の判断において本罪の成立を否定する（理論上の未遂にとどまる）とする見解（濫用については権利侵害モデルを採用しながら、厳密な侵害結果の発生を要求する見解）も唱えられる余地があるだろう。これまでの議論は、本罪の職権濫用を「職権濫用をして意思を抑圧する」（意思抑圧モデル）や「職権濫用をして権利を侵害する」（権利侵害モデル）や「職権濫用をして法的・事実的効果として人に作為・不作為を受忍させる」（拡張意思抑圧モデル）と論じてきたが、これらは2つの異なる要件を一気に論じようとするものであったといえるのではないか。最終的にはこの2要件をまとめたものが本罪の成立要件となるのであるから、この論じ方（要件論のアウトプット方法）が直ちに不当であると断ずるつもりはないが、本稿は、職権濫用行為とその結果としての相手方の自由の侵害の区別について意識しながら論じたいと思う。

その論じ方への示唆を与えてくれるのは判例である。以下に判例を紹介し、分析を加えることにする。

### Ⅲ 判例の状況

#### （１）紹介

#### ①大審院大正11年10月20日判決<sup>(24)</sup>

##### 【事実の概要】

町会議員たる被告人は、同町議会において絶対多数を占める会派の重鎮であり、その会派を牛耳っていた。被告人は、同派議員を自己の意のままに操縦して町会の議事を左右しうるだけの勢力を有しており、町長もまた被告人の推薦による者であり、被告人の意に従う者であった。そのような地位勢力のもとに、被告人は反対派に属する者や日頃から感情的なわだかまりを有している者に対して、戸数割等級を上げて過重な納税義務を負わせることを意図し、町会に提案された戸数割等差配当議案について自己支配下の同会派議員のみで構成される調査修正委員会を設け、当初の提案が



最も適当なものであったにもかかわらず、被告人が敵視している者については重い課税に変更し、反対意見があればこれを抑圧し、他の委員をもって自己の意見に屈従させ、変更案を可決させることをもって被告人が敵視する者に対して過重な納税義務を負わせた。

【判決要旨】

「およそ公務員たる者は法令もしくは慣例に従い誠意その職務に従事すべきは論を俟たざるところなれば、もしその職務を行使するに適當なる条件を具備せざる場合なることを認識したるに拘わらず、他人を害するの故意を以て右条件を具備したる場合と同一なる処分を為したるときは、これ法令もしくは慣例を無視しその職権を濫用したるものにほかならず、刑法第193条の規定はこのごとき場合をも包含するものと解するを相当となすべし」

「被告人は衷心議員たるの職務を行うの誠意なく、その職権を行使するに適當なる条件を具備せざる場合なるにかかわらず、故意にこれを具備したる場合と同一なる決議をなし、その決議の効力により他人をして過当に租税を納付するもやむをえざるに至らしめたるものなれば、その所為は結局議員たる職権を濫用して、よって人をして義務なきことを行わしめたるものにほかならずして、その所為は前掲刑法第193条に照らし処断すべきものなりとす」

「本件のごとく議員たる被告人等が各戸の資力生活状態等の實際を熟知するにかかわらず、また事の實際に適せざることの認識ありたるに関せず、すずろに私心をはさみ従来認めきたりたる等級を無視し、政事上自己に反対する者もしくは自己に快からざる者のみの等級を引き上げべき旨の動議を提出し、多数議員共謀の上これを可決したるものなる以上、正当に議員たる職務を尽くしたるものというべからざるはもちろん、その行為は刑法に所謂職権を濫用したるものたるや疑い<sup>(25)</sup>をいれず」

②甲府地方裁判所昭和43年12月18日判決<sup>(26)</sup>

【事実の概要】

林務事務所長として管内の県有林の管理、立木の公売等林産物の処分の事務全般を統括処理していた公務員たる被告人は、県有林の立木の一般競争入札において、特定の入札者に落札させるために、ひそかに当該入札者の入札価格を最高価格入札者のそれよりも大きく訂正して発表し、もって本来の最高価格入札者の契約締結権の行使を妨害した。

### 【判決要旨】

「被告人……の所為は……刑法193条に……該当する」

### ③最高裁昭和57年1月28日決定<sup>(27)</sup>（宮本身分帳閲覧事件）

#### 【事実の概要】

判事補が、刑務所の刑務所長室において「東京地方裁判所裁判官」の肩書のある名刺を手交し、あたかも裁判官としての右正当な目的による調査行為であるかのように装いながら同所長が管理保管するAの身分帳簿の記載内容について尋ね、調査行為であると誤信した同所長の許しをえて、同所においてこれを閲覧し、ついで隣の会議室においてこれを写真に撮影した。さらに後日、前記撮影が失敗した旨を刑務所の課長に架電し、身分帳の写しを送付するよう依頼し、同所長の意を体した同課長に、手書きの写しを被告人の住居あてに送付させた。

#### 【決定要旨】

「刑法193条にいう『職権の濫用』とは、公務員が、その一般的職務権限に属する事項につき、職権の行使に仮託して実質的、具体的に違法、不当な行為をすることを指称するが、右一般的職務権限は、必ずしも法律上の強制力を伴うものであることを要せず、それが濫用された場合、職権行使の相手方をして事実上義務なきことを行わせ又は行うべき権利を妨害するに足る権限であれば、これに含まれるものと解すべきである」

「裁判官が刑務所長らに対し資料の閲覧、提供等を求めることは、司法研究ないしはその準備としてする場合を含め、量刑その他執務上の一般的参考に資するためのものである以上、裁判官に特有の職責に由来し監獄法上の巡視権に連なる正当な理由に基づく要求というべきであつて、法律上の

強制力を伴つてはいないにしても、刑務所長らに対し行刑上特段の支障がない限りこれに応ずべき事実上の負担を生ぜしめる効果を有するものであるから、それが濫用された場合相手方をして義務なきことを行わせるに足りるものとして、職権濫用罪における裁判官の一般的職務権限に属すると認めるのが相当である。

したがって、裁判官が、司法研究その他職務上の参考に資するための調査・研究という正当な目的ではなく、これとかかわりのない目的であるのに、正当な目的による調査行為であるかのように仮装して身分帳簿の閲覧、その写しの交付等を求め、刑務所長らをしてこれに応じさせた場合は、職権を濫用して義務なきことを行わせたことになるといわなければならない」

④最高裁昭和60年7月16日決定<sup>(28)</sup>

【事実の概要】

簡易裁判所の裁判官である被告人Xは、Aに対する窃盗被告事件を担当していたところ、Aに自己との交際を求める意図で電話をし、「裁判所のXですが」「例の件の弁償はどうなりましたか」「これから弁償のことで、ちょつと会えないかな」などと言って、Aを呼び出し、上記被告事件について出頭を求められたものと誤信した同女をして喫茶店に出向かせ、同店内に同席させた。

【決定要旨】

「裁判官がその担当する刑事事件の被告人を……電話で喫茶店に呼び出す行為は、その職権行使の方法としては異常なことであるとしても、……弁償の件で会いたいと言っていることにかんがみると、所論のいうように職権行使としての外形を備えていないものとはいえず、右呼出しを受けた刑事事件の被告人をして、裁判官がその権限を行使して自己に出頭を求めてきたと信じさせるに足りる行為であると認めるのが相当であるから、右Aをしてその旨誤信させて、喫茶店まで出向かせ、同店内に同席させた被告人の前記所為は、職権を濫用し同女をして義務なきことを行わせたものというべきである」

- ⑤最高裁平成元年3月14日決定<sup>(29)</sup>（共産党幹部宅盗聴事件・付審判請求事件 特別抗告審）

【事実の概要】

警察官たる被疑者 X および Y は、C 党に関する警備情報を得るため、他の警察官とも意思を通じたうえ、同党中央委員会国際部長である請求人の方の電話を盗聴した。その際、その行為が電気通信事業法に触れる違法なものであることなどから、電話回線への工作、盗聴場所の確保をはじめ盗聴行為全般を通じ、終始何人に対しても警察官による行為でないことを装う行動をとっていた。

【決定要旨】

「刑法193条の公務員職権濫用罪における『職権』とは、公務員の一般的職務権限のすべてをいうのではなく、そのうち、職権行使の相手方に対し法律上、事実上の負担ないし不利益を生ぜしめるに足りる特別の職務権限をいい……同罪が成立するには、公務員の不法な行為が右の性質をもつ職務権限を濫用して行われたことを要するものというべきである。すなわち、公務員の不法な行為が職務としてなされたとしても、職権を濫用して行われていないときは同罪が成立する余地はなく、その反面、公務員の不法な行為が職務とかかわりなくなされたとしても、職権を濫用して行われたときには同罪が成立することがあるのである……。

これを本件についてみると、被疑者らは盗聴行為の全般を通じて終始何人に対しても警察官による行為でないことを装う行動をとつていたというのであるから、そこに、警察官に認められている職権の濫用があつたとみることとはできない。したがって、本件行為が公務員職権濫用罪に当たらないとした原判断は、正当である」

「なお、原原決定及び原決定が職権に関して判示するところ（引用者注：原原決定が「相手方において、職権の行使であることを認識できうる外観を備えたもの」でないことを理由に、原決定が「行為の相手方の意思に働きかけ、これに影響を与える職権行使の性質を備えるもの」でないことを理由に本罪の成立を否定したこと）は、それらが公務員職権濫用罪が成立

するための不可欠の要件を判示した趣旨であるとすれば、同罪が成立する場合の一部について、その成立を否定する結果を招きかねないが、これを職権濫用行為にみられる通常の特徴を判示した趣旨と解する限り、是認することができる」

## (2) 分析

### a) 判例は職権濫用に何を求めているのかという問題

判例は、いずれの事案においても、相手方の意思への働きかけを必須の要件として明示的に挙げてはいない。さらには、⑤事件において最高裁は、原決定が「行為の相手方の意思に働きかけ、これに影響を与える職権行使の性質を備えるもの」を本罪の職権濫用であるとしたことに触れ、なお書きで「それらが公務員職権濫用罪が成立するための不可欠の要件を判示した趣旨であるとすれば、同罪が成立する場合の一部について、その成立を否定する結果を招きかねない」とまでいう。このことをもって、判例は相手方の意思への働きかけを不要としているとする評価が学説において定着している。<sup>(30)</sup> たしかに、判例は相手方の「意思」への働きかけは要求していない。しかし、③決定が「それが濫用された場合、職権行使の相手方をして事実上義務なきことを行わせ又は行うべき権利を妨害するに足りる権限」を要求し、⑤事件において本罪の成立を否定しているように、相手方に何等影響を与えないものであっても本罪の成立を認めているわけではない。それでは、判例は本罪成立の要件である「職権濫用」に何を求めているのだろうか。以下に分析する。

### b) 相手方の意思への働きかけを要求していないことの確認

①事件において大審院は「その職務を行使するに適當なる条件を具備せざる場合なることを認識したるに拘わらず、他人を害するの故意を以て右条件を具備したる場合と同一なる処分を為したるとき」に本罪が成立するとしている。ここではたしかに相手方の意思への働きかけは挙げられていない。その後に出た各最高裁決定においても、いずれも職権の意義につい

て論ずるのみであり、相手方への働きかけの有無について大審院の見解を否定することなく、むしろ大審院判例を理解の当然の前提としているように見受けられる。下級審判決であるが②事件においては、職権濫用行為が相手方の意思に直接働きかけることがないにもかかわらず職権濫用罪の成立を認めている。なるほど、この点を見れば、判例は相手方の意思への働きかけを不要であるとしていると評価する学説の立場には理由があるといえそうだ。

c) 判例が明文で職権濫用に求めているもの

しかし、無限定にいかなる態様のものであっても、およそ公務員がその職権を濫用したのであれば、すべて職権濫用罪を構成すると判例が考えているかといえばそうではない。③事件において最高裁は「職権の濫用」とは「公務員が、その一般的職務権限に属する事項につき、職権の行使に仮託して実質的、具体的に違法、不当な行為をすること」であるとしたうえで、「右一般的職務権限は、必ずしも法律上の強制力を伴うものであることを要せず、それが濫用された場合、職権行使の相手方をして事実上義務なきことを行わせ又は行うべき権利を妨害するに足りる権限」であると述べている。すなわち、最高裁は、公務員が、相手方をして事実上義務なきことを行わせ又は行うべき権利を妨害するに足りる権限を濫用した場合に、本罪が成立するというのである。これは、本罪における職務につき、法的強制力を伴う一般的職務権限でなくてもよいという点において、職務の範囲を強制力を伴う一般的職務権限に属する職務であると解する形式的理解より広く解し、同時に相手方に事実上義務なきことを行わせまたは権利を妨害するに足りる権限であるとした点において公務員のあらゆる権限濫用を射程に含めるのではないとして限定的に解したものであるといえる。事案において、「法律上の強制力を伴つてはいないにしても、刑務所長らに対し行刑上特段の支障がない限りこれに応ずべき事実上の負担を生ぜしめる効果を有する」と認定することによって、相手方に事実上の負担を生ぜしめる効果を有する行為の存在をもって、本罪における職権の濫用と考え

ていることが明らかにされている。

この③決定をより具体化したのが④と⑤の各決定である。④決定においては職務権限理解の広さが、⑤決定においては職務権限理解の限定がそれぞれ浮き彫りになっている。

④決定において最高裁は、被告人による相手方の喫茶店への呼び出し行為が「職権行使としての外形を備えていないものとはいえず、右呼出しを受けた刑事事件の被告人をして、裁判官がその権限を行使して自己に出頭を求めてきたと信じさせるに足りる行為である」と認定しているが、これは喫茶店への呼び出し行為が、③決定のいうところの、「それが濫用された場合、職権行使の相手方をして事実上義務なきことを行わせ又は行うべき権利を妨害するに足りる権限」の濫用であり、相手方をして「これに应ずべき事実上の負担を生ぜしめる効果を有する」と認定したことを意味する。③事案における職権は、裁判官による刑務所長に対する身分帳閲覧の要求であり、一般に職務権限ある行為であると誤信されやすい行為であったのに対し、④事案における職権は、担当する刑事被告人を裁判官が喫茶店に呼び出すという、通例においては考え難い行為であるが、本決定は「その職権行使の方法としては異常なことである」としつつも、「職権行使としての外形を備えていないものとはいえないとした。ここでは、職務権限の理解が広く解されており、その広い理解を正当化する根拠となっているのは、本件呼び出し行為が相手方をして職権の行使であると誤信させるに足りる行為であったという点にあるといえよう。

これに対して⑤事案は、職権濫用性を否定した決定である。最高裁は、警察官の盗聴行為について彼らが「盗聴行為の全般を通じて終始何人に対しても警察官による行為でないことを装う行動をとっていた」ことを理由として、職権の濫用であるとはいえないとした。これは、最高裁が、職務行為の外観を有していなければ「相手方をして事実上義務なきことを行わせ又は行うべき権利を妨害するに足り」ず、「これに应ずべき事実上の負担を生ぜしめる効果を有」しないと判断したということを意味しよう。

判例は、ある行為が職権濫用行為といえるためには「それが濫用された



場合、職権行使の相手方をして事実上義務なきことを行わせ又は行うべき権利を妨害するに足る権限」の濫用、具体的には相手方をして「これに応ずべき事実上の負担を生ぜしめる効果を有する」職権の濫用を求め、その要件として「職権行使としての外形」を求めているといえよう。

d) 意思抑圧と判例が求めるものとの差への問い

判例は、意思の抑圧を要求せず、かつ「それが濫用された場合、職権行使の相手方をして事実上義務なきことを行わせ又は行うべき権利を妨害するに足る権限」の濫用を要求するが、それは、どのようにして可能か。意思への働きかけをしないが、相手方をして義務なきことを行わせ又は行うべき権利を妨害するとはどのようなことか。この問いは、⑤決定が、原決定が「行為の相手方の意思に働きかけ、これに影響を与える職権行使の性質を備えるもの」でないことを理由に本罪の成立を否定したことについて「公務員職権濫用罪が成立するための不可欠の要件を判示した趣旨であるとすれば、同罪が成立しうる場合の一部について、その成立を否定する結果を招きかねない」と述べた「同罪が成立しうる場合の一部」とは何かという問いである。

e) 他人の行動制御の典型例は意思への働きかけであることの再確認

意思抑圧と判例の求めるものとの差を指摘する前に、他人の行動を制御する典型的行為は、——公務員でない者にとっては——<sup>(31)</sup>意思への働きかけと直接強制であることを確認しておきたい。

我々が他人の行動に介入しようとするとき、相手方の意思に働きかけるのが通例である。窓を開けて欲しいとき、コーヒーを淹れて欲しいとき、32小節のギターソロを弾いて欲しいとき、貧乏ゆすりをやめて欲しいとき、命令、依頼、指揮、懇願、誘惑、威圧等相手方の意思に働きかけることによってそれを達成しようとする。むしろ我々は、他人の意思に働きかける以外の方法で他人の行動を制御しようすることは稀である。これらの意思の働きかけは通常のコミュニケーションの範疇に収まるかぎり犯罪では



なく、暴行・脅迫を手段として達成すれば強要罪となる。もちろん、公務員が職権を濫用して相手方の意思に働きかけることによって相手の行動制御を達成すれば、いずれの見解をとっても本罪が成立する。たとえば、③事件は、相手方（刑務所長ら）の意思に働きかけており、④事件も、相手方（窃盗事件被告人たる女性）の意思に働きかけている。これらの事件は、典型的な職権濫用パターンであるといえる。

他人の行動制御のもうひとつの典型例は直接強制である。たとえば相手方の移動を制御するために逮捕することである。これら直接強制は原則として犯罪を成立させるが本罪の成否は問題とならない。

さて、ここで先ほど立てた問いに立ち返らなくてはならない。直接強制でもなく、意思の働きかけでもなく、他人の行動を制御するのはどういう場合か。これが判例のいう意思に働きかけることを要件とすると「成立を否定する結果を招きかねない」「同罪が成立しうる場合の一部」である。

#### f) 公務員に可能な法的強制

ここで、意思に働きかけていないけれども本罪の成立が認められた事案に注目するのが有意義だろう。

①事例は、被告人の職権濫用により、過重な納税義務が発生したという事案である。なるほど、被告人の職権濫用行為は相手方の意思に働きかけをしていない。もちろん直接強制もない。しかし、相手方は結果的に過重な納税をしなくてはならなくなっている。つまり、直接強制も意思への働きかけがないにもかかわらず、相手方は特定の行為を余儀なくさせられているのである。ここでのキーワードは（狭義の）法的強制<sup>(32)</sup>であろう。被告人は、相手方に過重に納税させるという行為の強制を、直接強制や意思の働きかけなく法的に行っているのである。

②事件も同様に見ることができる。被告人の職権濫用により、不正な入札価格・入札者発表が行われ、もって本来の最高価格入札者（相手方）が契約締結権の行使を断念させられている。法の下に行われた入札が、職権

濫用により法の運用が歪められたため、本来の最高価格入札者の契約締結権の行使が法的に不可能になっている。

これら両ケースともに、相手方は最終的に（歪められた）法に働きかけられることによって一定の行為を強制されることになる。①であれば過重な納税であり、②であれば契約締結権行使の断念である。

このように、職権を濫用することによって法という強制力に働きかけ、その法をもって相手方の行為を制御するという方法が、職権を有する公務員には可能なのである。このような他人の行動制御こそ、私人にとっては特別な場合を除いて不可能であるため典型的ではないが、職権を有する公務員にとっては直接強制や暴行・脅迫に比して肉体的にも精神的にも容易かつ確実な行動制御の場面であるといえるだろう。法を歪めて他人に一定の作為・不作為を強制する。このパターンを捕捉してこそその公務員職権濫用罪であるとすらいえるだろう。<sup>(34)</sup>

次のケースを参照してみよう。

#### ⑥最高裁昭和38年5月13日決定<sup>(35)</sup>

##### 【事実の概要】

地方裁判所所属執行吏たる被告人が、占有保管を命ずる債務名義は何等存しないことを知りながら「本職之を占有保管する」と書かれた公示札5本を土地に立て、もって土地所有者の行う権利を妨害した。ただし、その公示札に書かれている物件およびその当事者は、当該公示札を立てた土地およびその所有者とは別（つまり、本来立てるべき場所と違う場所に公示札を立てた）のであった。

##### 【決定要旨】

「本件公示札を第一審判示各土地上に立てた被告人の所為をもつて、執行吏の職権を濫用して右各土地所有者の権利の行使を妨害したものに当たるとした原判断は正当である。」

本件控訴審において弁護人は、「当事者並びに物件が明記されておつて、

当事者以外の者に対し、又表示物件以外の物件に対して、効力を有しないことが明らかであるから、同被告人が右公示札を……（引用者注：当事者以外の）土地に立てても、……（引用者注：その土地の所有者の）所有権はもとより占有権の行使を、何等妨害するものではないのかかわらず、原判決がこれを以て……（引用者注：その土地の所有者の）土地に対する不法占有であると解し、同人等の権利を妨害したものと速断したのは、事実の誤認乃至は法律の解釈を誤つた違法がある」と主張した。これに対して、控訴審判決は、「土地の立入禁止、立木の伐採搬出禁止等の条項とともにその土地を『本職これを占有保管する』旨記載された公示札が、執行委任を受けた執行吏によつて、相手方たる執行債務者以外の者の所有する表示物件以外の土地に立てられたときは、その公示札が適法に撤去されるまでの間、当該土地は右執行吏の占有保管するところとなり従つてその土地所有者等はその間、その土地に対する占有権その他の権利の行使をなし得ないこととなるものであるから、被告人が執行吏としての自己の職務に関して土地につき、『本職これを占有保管する』旨債務名義の条項中にない全く虚偽の記載をして作成した公示札を、原判示土地に立てたことは、同被告人において……（引用者注：土地の所有者の）土地を不法に占有したものであり、執行吏の職権を濫用して該土地所有者の土地に対する占有権その他の権利の行使を妨害したものと いわなければならない」とした。最高裁はこの判断を承認したものである。

この事件も、法的な働きかけのケースである。一般的に「土地の立入禁止」等が記載され、地方裁判所所属執行吏による「本職これを占有保管する」と書かれた公示札が立てられた土地の利用は法的に制限される。これが第三者の土地に立てられたため、現実にはどのような効果があったかについては議論の余地のあるところであり、弁護人はそれを問題にしたのだと解されるが、第三者の土地でなければ法的に利用が制限されることは明らかであり、たとえ第三者の土地であるとしても判例のいうように「その公示札が適法に撤去されるまでの間、当該土地は右執行吏の占有保管するところとなり従つてその土地所有者等はその間、その土地に対する占有権そ

の他の権利の行使をなし得ない」と考えられる——たとえば私なら、私が所有する土地にその利用を制限する公示札が立っていたら、たとえ名義人が違っていても、問い合わせなどをするなどして当該公示札が無効であることが確認されるまで、（法に従うべき一市民として）土地使用を躊躇する——ならば、法的に相手方の行動が制限される（べき）事案であるといえよう。

g) 判例からの示唆——事実上の他人の行動制御

これまでの検討で、判例は、相手方の意思に働きかける場合のほか、公務員が職権を濫用して法に働きかけそれが相手方の行動に働きかける場合を本罪の成立範囲としていることが明らかになった。

では、相手方の意思に働きかける場合と法に働きかける場合との共通点は何か。これらは事実上他人の行動を変化させる場合であるということである。となれば、判例は意思の自由というよりも行動の自由を、意思への働きかけというよりも事実上の行動選択肢への働きかけを問題にしているといえるように思われる。つまり、判例は「公務員が職権を濫用して、事実上、他人の行動を制御する（人の行動を変化させる）」ことを問題視しているのである。

判例から示唆を受けたように、本罪の保護している自由を「意思」の語には包含しきれない、行動への（職権濫用による）法的な介入をも含んで理解するならば、本罪の法益は「意思の自由」ではなく「行動の自由」と呼び直されるべきであろう。<sup>(36)</sup> その点、拡張意思抑圧モデルは法的・事実的效果として人に作為・不作為を受忍させるものであれば足りるとしていた点で正当であるが、それを拡張「意思」抑圧モデルと称していた点でミスリーディングであったといえよう。これは、その内容からしても明らかに「行動抑圧モデル」である。

#### Ⅳ 自由主義の原理からの正当化

なお、職権濫用罪を（強要罪とともに）行動の自由に対する罪として把握することは、自由主義の原理からも肯定されうることについて、簡潔に補足しておきたい。

強要罪と公務員職権濫用罪には重要な共通点がある。それは、しばしば指摘されるような「文言上の共通性」<sup>(37)</sup>や立法趣旨や結果犯としての規定によるもの<sup>(38)</sup>だけではない。自由と国家との在り方の根本的なところに由来するものである。

J. S. ミルは、自由に関する古典である『自由論』<sup>(39)</sup>を著し、いわゆる侵害原理を主張したことで知られている。ミルは、次のようにいう。「文明社会で個人に対して力を行行使するのが正当だといえるのはただひとつ、他人に危害が及ぶのを防ぐことを目的とする場合だけである」<sup>(40)</sup><sup>(41)</sup>と。この原理からミルは、嗜好の自由、目的追求の自由を導き出し、その自由を「自分の性格に適した人生を計画する自由、自分が好む行動をとる自由<sup>(42)</sup>である」と定義し、「その結果を本人が受け入れるのであれば、他人に害を与えないかぎり、愚かか不合理か誤っていると思われたとしても、他人に妨害されることなく自由<sup>(43)</sup>に行動できなければならない」と続ける。ここで注目すべきは、ミルが「行動をとる自由」、「行動できなければならない」と自由を単なる内心にとどまらず「行動」<sup>(44)</sup>（原文では do ないし doing）に関連させて述べていることである。

この自由の原理は、個人の尊重と幸福追求権を定める憲法13条と軌を一にしている。各人が個人として尊重され、自由に幸福追求をすることが許される。「幸福追求」とは、当然に「幸福を追求する行動」を意味している。ただし、それは他人の権利を侵害するようなものであってはならない、と。

この意味における自由を保護することが自由主義憲法下における刑法の自由に対する罪の制定趣旨であると考えることができる。自由主義社会に

において、個人は暴力的強制によって自由を奪われることがあってはならないし、また他人の自由を暴力的強制によって奪うことがあってはならない<sup>(45)</sup>のである。

自由主義国家におけるこの自由の原理は、刑法においては強要罪をもっとも一般的な基本形として様々な態様や状況や自由の具体的な性格に応じて特別類型としての犯罪構成要件が派生するようにできている。たとえば、逮捕・監禁罪は「その場を立ち去ることを妨害されない自由（その場に居続けるという義務のないことを強要されない自由・あるいは立ち去るという権利の行使を妨害されない自由）」を保護しており、住居侵入罪は「住居への他人の立ち入りを拒絶することを妨害されない自由（立ち入りを拒絶したい相手に対して立ち入りを許可するという義務のないことを強要されない自由・あるいは立ち入りを拒絶するという権利の行使を妨害されない自由）」を保護しており、性的自由に対する罪は「性的な行為を拒絶することを妨害されない自由（性的な行為を甘受するという義務のないことを強要されない自由・あるいは性交等を拒絶するという権利の行使を妨害されない自由）」を保護しているのである。このことは、それぞれの罪が成立するときは強要罪の成立が排除されるという一般法・特別法の関係からも明らかであろう<sup>(46)</sup>。

ところで、自由に対する罪の基本類型たる強要罪が自由侵害の基本類型を余すところなく定めているかといえ、決してそうではない。この規定によって、個人の自由は他者による暴力的強制から保護されることになるが、ミルが『自由論』を執筆するにあたって第一の主眼においた「権力・法による強制」からの自由保護<sup>(47)</sup>にはまったく触れられていないからである。自由が権力・法によって侵害される場合が強要罪の対象からすっぽりと抜け落ちている<sup>(48)</sup>。

ある者の行動に介入して権利の行使を妨害または義務のないことを行わせようとする行為者たる公務員は、自らがそのことに関する職権を有しているか有していると信じさせることができる限り、暴力的強制を用いて相手に一定の行動を強制する必要はない。公務員は法令に根拠のある職務

執行に仮託して相手方の意思に働きかけたとき、相手方は公務員の背後に法の権威をみて従うのであり、また相手方の意思に働きかけずとも法を歪めることができれば、相手方は（その歪められた）法に従って一定の行動を余儀なくされるのである。このような公務員による個人への行動の自由侵害を禁止する公務員職権濫用罪は、強要罪とまったく同じ自由の原理によって正当化される、強要罪と双子の罪であるといえる。

もちろん、職権濫用という手段における身体的・精神的侵害性は強要罪に比して低い——それゆえ公務員職権濫用罪は強要罪に比して法定刑の上限において軽く定められているのであろう——が、行動の自由への侵害性は強要罪も公務員職権濫用罪もまったくかわらない。職権濫用罪は、暴力的強制による強要罪と本質において同じ罪であり、それゆえ、強要罪と公務員職権濫用罪とで自由に対する罪の基本類型を構成するといえるのである。

## V 既遂時期に注目した判例の再検討

ところで、本罪の既遂は「人に義務のないことを行わせ、又は権利の行使を妨害」した時点ではじめて成立する。これは法文上明らかである。<sup>(49)</sup>

となれば、いくつかの判例は、処罰を認めるのが早すぎるのではないかという疑問が出てくる。今度は既遂時期に注目してもう一度判例を検討してみよう。

事例①は、当たれる資料から現実に過重な納税が行われたのか否かが判然としない。もし納税が行われたのであれば、「人に義務のないことを行わせ」たものであるが、そうでなければ「職権を濫用し」には当たるものの、「人に義務のないことを行わせ」たとまではいえないのではないかと、いまだ未遂の段階で処罰したのではないかという疑問が生じよう。<sup>(50)</sup>ただし、事実関係の如何によっては、たとえば被告人に職権濫用行為があり、それによって他の議員や事務職員や徴税官吏などが義務のない行為等を強いられたという事実があれば、その者たちを相手方として本罪が成立する余地



はありえよう。

事例②も最高価格入札者の契約締結権の行使の断念があつてはじめて「権利の行使を妨害」したというべきである。どの時点で成立を認めたのか明らかではないが、単に職権を濫用した時点で本罪の成立を認めたのであるとすれば疑問が残る。ただし、上述のとおり、被告人の職権濫用行為によって、事務職員その他の者が義務のない行為を強いられていれば、その者を相手方として本罪が成立する余地はある。

事例③、④は相手方に義務のないことを行わせているので、問題なく本罪の成立が認められる。

事例⑤は、行動の自由の侵害のケースではないので、本罪が成立しないとした結論は正しい<sup>(51)</sup>。

事例⑥は、公示札を立てた段階ではまだ「権利の行使を妨害」が生じたとはいえないので、土地の権利者がその公示札を認識し、権利の行使が妨害された時点ではじめて本罪の成立を認めるべきである。

いくつかの判例は、行動への働きかけによって本罪が成立すると解すべきところを、行動選択肢への働きかけの段階で処罰しているように思われる。この段階での処罰は、本罪を危険犯として理解するか未遂処罰規定を持たない本罪の未遂を処罰するかのいずれかでしかないが、いずれも実定法上不当であるということができよう。なお、下級審であるが、岐阜地裁平成27年10月9日判決<sup>(52)</sup>は、「同罪は既遂のみが処罰の対象とされていることなどに鑑みると、人に『義務のないことを行かせた』というためには、作為を強制するような場合でも、職権濫用行為の相手方の利益が実質的に害されたとみるべき程度の行為の存在を要する」としたが、このような理解が（実質的に害されたのが単なる利益ではなく行動の自由であることを前提としたうえで）正当であろう。

本罪は、行動選択肢を奪う（＝行動の自由を奪う危険のある行為をする）ことを実行行為とし、現に相手方の行動の自由が奪われたことによって既遂に達する。この理解は、監禁罪において、可能的自由を侵害した段階で監禁の未遂（実定法上不可罰）が成立し、現実的自由が侵害された段階で



監禁の既遂が成立するという考え方と合致し、強要罪の暴行脅迫が行われれば強要未遂であり、その結果行動の自由が侵害されたなら強要既遂であるという理解と一貫性を有するものである。

## Ⅵ いくつかの帰結

以上の検討から、①本罪の職権濫用行為は個人の行動選択肢に介入する行為すなわち相手方の行動の自由への危険を有する行為であるが、行為が行われた段階では本罪はいまだ未遂（不可罰）であり、②本罪の既遂時期は現に相手方の行動の自由が侵害された場合のみ成立するという帰結が導き出された。そのため本罪の諸問題について以下のとおりに考える。

### a) 職権の濫用

本罪における職権とは、相手の意思に働きかけ、又は相手の意思に働きかけずとも法に働きかけることによって「相手方の行動選択に影響を与える程度の職権の濫用」である。職権そのものがいかなるものであるかは、その行為とともに個別具体的に検討しなければならないのであって、一般的には決定できない。たとえば、法に働きかけるのであれば、それが実現する危険がなければならないのであるから、一定程度の職務権限が必要であろうし、相手方に働きかけるのであれば相手方が信じる程度の職権で足りるというべきである。<sup>(54)</sup>なお、まったく職権の濫用といえない場合は、当然本罪は成立しない。

### b) 職務行為への仮託

職務行為への仮託の要否は、仮像である。<sup>(55)</sup>公務員が相手方の行動の自由を侵害しうる程度の職権を濫用し、現に相手方の行動自由が侵害されれば本罪は成立し、そうでなければ成立しない。実際には、仮託がなければ——⑤決定がおそらく考えているように——公務員による行動の自由への法的強制は行われないが、それは事実的な問題であって法的な論点ではな

い。

#### c) 既遂

既遂に達するためには、現に「人に義務のないことを行わせ、又は権利の行使を妨害」したことが必要である。したがって、単なる職権濫用行為のみでは本罪は成立しない。

これは、暴行・脅迫をもって個人の行動選択を侵害する強要罪（手段の段階で未遂、結果をもって既遂）、暴行・脅迫をもって個人の性に関する行動選択を侵害する性的自由に対する罪（手段の段階で未遂、結果をもって既遂）、移動の選択肢を奪うことをもって現実に移動を侵害する監禁罪（移動選択肢を奪った段階で未遂＝不処罰、現実的自由を奪った段階で既遂＝犯罪成立）という自由に対する各罪との整合性のある理解である。

#### d) 罪数

職権濫用罪が強要罪にもあたる場合は、これを観念的競合とする立場があるが両罪は手段に違いがあるのみでその法益は同一であるため、法条競合とし、重い強要罪のみが成立するとすべきである。

#### e) 法益

本罪は個人の行動の自由に対する罪である。

なお、本罪に国家的法益の侵害・危険が伴うことを否定するものではない。しかし、現行法の規定によれば、本罪は個人の自由が侵害されてはじめて成立するため、理論上の未遂行為たる職権濫用行為も個人の自由に対する危険が認められてはじめて成立する（職権濫用行為が個人の自由に対する危険を有しないならば本罪の不能犯である）のであるから、国家的法益の侵害・危険を成立要件に関連させる余地がないのである。換言すれば、国家的法益の侵害・危険があっても、本罪の成立は個人の自由の侵害にかかるものであるから個人の自由の侵害のみを問題にすれば足り、逆に公務員が個人の自由を侵害するような職権濫用を行って個人の自由が侵害され

たならば、本罪の成立を否定する必要がないのである（おそらくこのような場合必然的に国家的法益の侵害・危険が伴うだろうが、それは本罪の成否に影響を与えない）。また、強要罪に比した本罪の法定刑の低さは、手段の被害者への身体への侵害性の低さを勘案したものであると考えられるところ、国家的法益に対する処罰の考慮までも含んだものであるとは考えられないともいえよう。

本罪が国家的法益に対する罪であるというのは、本罪が為されれば必然的に国家の作用が害され、国家の作用への信頼が低下する危険が伴うという限りにおいてである。<sup>(56)</sup>

#### f) 立法論

ごく控えめに立法論を述べれば、強要罪との関連においても現実（①事件、②事件、⑥事件など）に鑑みても、そして職権濫用行為それ自体を取り締まるためにも、団藤の提案するように未遂規定を置くべきであるように思われる。<sup>(57)</sup><sup>(58)</sup>

そして、本罪の法定刑を引き上げるか、強要罪の法定刑を引き下げるかのいずれかあるいはその両者によって、本罪の法定刑を強要罪並みあるいはそれ以上にすべきである。なぜなら、法による個人への自由侵害は自由主義国家の自由保護において、もっとも厳しく戒められるべきものだからである。そして、禁錮刑は不要であろう。<sup>(59)</sup>

## Ⅶ 結語

本稿の得た主な結論のみを以下に箇条書きにする。

- ①公務員職権濫用罪は、強要罪と並んで自由主義の原理にもとづく個人の行動の自由に対する罪である。
- ②行動選択肢に働きかけるべき職権濫用行為を行い、もって現に相手の行動の自由を侵害した場合に本罪が成立する。
- ③本罪に国家的法益の側面があることは否定しないが、個人の自由が侵害

されないと本罪は成立しないため、国家的法益の側面は本罪の成否に直接の影響を与えない（本罪の実行行為も既遂の危険を有する必要があるため、職権濫用行為も個人の自由の侵害の危険に着目して論じられることになる）。

(了)

### 注

- (1) 浅田和茂「職権濫用罪」芝原邦爾＝堀内捷三＝町野朔＝西田典之編『刑法理論の現代的展開各論』（日本評論社，1996年）336頁，井田良『講義刑法学・各論』（有斐閣，2016年）577頁（なお，同書では「国家の司法作用と行政作用の適正」とされているが，町議会を舞台とした後述する①事件などに鑑みると，立法作用の適正も含まれるというべきだろう），大塚仁『刑法概説各論』第3版増補版（有斐閣，2005年）619頁，大谷實『刑法講義各論』新版第3版（成文堂，2009年）598頁，川端博『刑法各論講義』（成文堂，2007年）635頁，佐久間修『刑法各論』第2版（成文堂，2012年）445頁，高橋則夫『刑法各論』第2版（成文堂，2014年）667頁，西田典之『刑法各論』第6版（弘文堂，2012年）479頁，橋本正博『刑法各論』（サイエンス社，2017年）511頁，前田雅英『刑法各論講義』第6版（東京大学出版会，2015年）478頁，松原芳博『刑法各論』（日本評論社，2016年）584頁，松宮孝明『刑法各論講義』第4版（成文堂，2016年）484頁，山口厚『刑法各論』第2版（有斐閣，2010年）604頁，山中敬一『刑法各論』第2版（成文堂，2009年）761頁。

反対説として，神山俊雄「職権濫用罪の法益についての一考察」『転換期の刑事法学』井戸田古稀（現代人文社，1999年）803頁以下は，本罪の保護法益はもっぱら個人的法益であるとする。

- (2) たとえば，林幹人『刑法各論』（東京大学出版会，1999年）476頁は，本罪を「市民の個人的な法益に対する罪」とし，国家的法益については，賄賂罪が国家の作用に「対する」罪であるのに比して，本罪は国家の作用に「関する」罪であるとしている。また，深尾正樹『刑法上の職権濫用罪について（一）～（5・完）』産大法学35巻3・4号，37巻1号，37巻2号，37巻3号，37巻4号（2002，2003，2003，2004，2004）は，フランス，ドイツおよび我が国の本罪の規定の沿革から本罪の本質にせまる浩瀚な研究であるが，同論文も「職権濫用罪は，主として，個人の権利・自由などに対する侵害をその本質とする，公務員による個人

- に対する犯罪類型であると理解すべき」(同(五・完)137頁)という。さらに、町野朔『刑法各論の現在』(有斐閣,1996年)380頁、曾根威彦『刑法の重要問題 各論』第2版(成文堂,2006年)365頁など。
- (3) 浅田・前掲注(1)336頁,井田・前掲注(1)577頁,大塚・前掲注(1)619頁,川端・前掲注(1)635頁,佐久間・前掲注(1)445頁,高橋・前掲注(1)667頁など。
  - (4) 山口・前掲注(1)604頁,西田・前掲注(1)479頁,松原・前掲注(1)584頁(「重疊の保護説」と名づけられている)など。おそらくこの見解は,2つの保護法益の優劣を考えるまでもないという考慮に基づくものであろう。
  - (5) 山口厚『問題探究刑法各論』(有斐閣,1999年)298頁。
  - (6) 島田聡一郎「第193条(公務員職権濫用)」西田典之=山口厚=佐伯仁志編『注釈刑法 第2巻 各論(1)』(有斐閣,2016年)690頁。
  - (7) くわえて浅田・前掲注(1)337頁も「どこまで処罰すべきか(処罰できるか)は,具体的な解釈の問題であって必ずしも法益論に直結するものではないであろう」という。
  - (8) 個人的法益に対する危険がなければ理論上の未遂も成立しない。国家的法益に対する侵害・危険は本罪が成立するときには必然的に伴っているが,本罪成立の要件とは関連しないといえる。
  - (9) 強要罪は相手方の意思に働きかけることが必要なので,本罪における意思働きかけの要否・程度が本罪と強要罪との共通性の有無・程度に関連する。
  - (10) 相手方の意思に働きかける程度の職権濫用が必要か否か,働きかけるとしてその程度は強制的な職務権限であるべきか,事実上の負担を負わせる程度で足りるかという問題と関連する。
  - (11) 盗聴のようなプライバシー侵害をも本罪の対象とするか否かに関連する。
  - (12) ここでの学説の整理のための名称は松原・前掲注(1)585頁以下によった。
  - (13) ただし,沿革的には本罪の規定と強要罪の規定は「明治28年案」,「明治30年案」とともに細かい点(「事」が漢字であるか仮名であるかや「行フ可キ」か「為ス可キ」か等)において異なっており,「明治35年草案」で文言が完全に一致するものの,必ずしも同一の出発点を持つものであるとはいえないようである(深尾正樹「公務員職権濫用罪規定(刑法193条)の沿革」神戸法学雑誌46巻1号(1996)208頁参照)。

- (14) 川端・前掲注(1)637頁, その他, 内田文昭『刑法各論』第3版(青林書院, 1996年)675頁, 斎藤信治『刑法各論』第4版(有斐閣, 2014年)288頁など。
- (15) 原田保『刑法における超個人的法益の保護』(成文堂, 1991年)211頁以下。
- (16) 井田・前掲注(1)580頁など。
- (17) 西田・前掲注(1)481頁。
- (18) 高橋・前掲注(1)670頁。
- (19) 大谷・前掲注(1)601頁。
- (20) 松原・前掲注(1)586頁。
- (21) 松原・前掲注(1)586頁。
- (22) 松原・前掲注(1)586頁。
- (23) 島田聡一郎も, 「本罪と強要罪との関係」という項目において, 相手方の意思制圧の要否を検討している。島田・前掲注(6)690頁以下。
- (24) 刑集1巻568頁。
- (25) カタカナをひらがなにし, 漢字の一部をひらき, 適宜濁点, 読点を打った。
- (26) 下刑集10巻12号1239頁。
- (27) 刑集36巻1号1頁。
- (28) 刑集39巻5号245頁。
- (29) 刑集43巻3号283頁, 判時1308号108頁, 判タ696号83頁。
- (30) 西田・前掲注(1)482頁など多数。
- (31) 本稿はこれまでの用語法に従って「意思」を使用するが, 本来「意思」とは行為の理由ないし原因として了解される一人称的説明のことであり, 独立した純主観的なものではない。行為とは, 「なぜそのようなことをしたのだ(しなかったのだ)?」と問われたときに, 「○○だからだ(「お腹が空いたからだ」, 「好みのタイプだったからだ」, 「暑いと思ったからだ」, 「邪魔だと思ったからだ」, 「仕事がうまくいかずにムシャクシャしていたからだ」, 「ひどいことを言われてカッとなったからだ」, 「眠かったからだ」なども含む)」と了解可能な一人称的説明が事後的に可能な身体の動静であり(「なぜ膝蓋腱反射をしたのか」と問い詰められても一人称的説明はありえず三人称的説明しかできないため膝蓋腱反射は行為ではない。また, 行為当時興奮のあまり自己の行いに対して説明ができなかったとしても, 事後的に「なぜそうしたのか」と問われた際に「冷静になってみると○○だからだ」と了解可能な一人称的説明が想定

できるのであれば行為である), その一人称的説明が意思と呼ばれるものである。したがって, 意思は行為に付随する。この構想の詳細については, ウィトゲンシュタイン, アンスコム, ライル, デイヴィッドソンらの行為の哲学を検討しながら説明する必要があるため, 別稿に譲る。なお, 行為論に関する近年の文献として特に古田徹也『それは私がしたことなのか』(新曜社, 2013年) 参照(ただし, 同書は入門書のようにでありながら著者の見解が強く前面に押し出されているものであることに注意を要する)。また, 日本科学哲学会第48回ワークショップ「現代行為論の展開」を元に書かれた専門的な論考として鈴木雄大「行為の反因果説の復興」科学哲学49-2(2016) 5頁以下および鴻浩介「理由の内在主義と外在主義」科学哲学49-2(2016) 27頁以下も参照。

- (32) なぜ狭義のという断りをつけるのかといえは, 「職務に仮託して意思に働きかける」という場合も, 相手方をして「これは適正な法執行なのだ」と誤信させて従わせるものであるから, 結局のところ(広い意味においては)本罪はすべて法的強制なのである。
- (33) 公務員でない場合には, 法の作用を歪めて他人の行為に介入するのは公正証書原本不実記載, 虚偽告訴等特定の場面に限られる。
- (34) 意思抑圧モデルがこのケースをして本罪の成立を認めないのであれば, 意思抑圧モデルは結論として不当であるといえよう。
- (35) 刑集17巻4号279頁。
- (36) 私は素朴実在論に抗し, また主客二元論的な世界観にも反対している。主観的な世界と客観的な世界に切り分けることなどできない(完全に内心だけにとどまる事象など存在し得ない)のであるから, 「意思の自由」というあたかも純主観的な存在を前提とするような用語はミスリーディングであり, 「意思の自由」という名で保護されているのは「意思を伴う行動の自由」であるというのが本稿の基本思想である。およそあらゆる行動を伴う可能性のない意思は存在しないか, 仮に存在すると見積もっても他者からの侵害の対象にはなりえず, そのため刑法による保護の対象でもない。主観と客観との関係について, 江藤隆之「実行の着手における主観的なものと客観的なもの——刑法教義学の超越論的検討」桃山法学20号・21号(2013) 163頁以下。
- (37) 西田・前掲注(1)481頁。
- (38) 古田佑紀=渡辺咲子=五十嵐さおり「§ 193(公務員職権濫用)」大塚仁=河上和雄=佐藤文哉=古田佑紀編『大コンメンタール刑法』第2版第10巻(青林書院, 2006年) 100頁, 109頁。

- (39) John Stuart Mill, *On Liberty*, 1859. 本稿において同書を引用するときは、日本語として読みやすい訳であるジョン・スチュアート・ミル〔山岡洋一訳〕『自由論』（日経 BP クラシックス, 2011年）の頁数を示して引用する。
- (40) ミル・前掲注(39)26頁。
- (41) この叙述から明らかであるように、実はミルは侵害原理をもって予防的な罪刑構想を主張するものであって、刑法学で理解されているようなタイプの侵害原理の構想を主張しているものではない。このことは、同書におけるミルの他の叙述、たとえば「警察官はもちろん、一般市民すら、誰かが明らかに犯罪を準備しているのを発見したとき、実際に犯罪が実行されるまで傍観している必要はなく、犯罪を防ぐために干渉できる」（ミル・前掲注(39)209頁）や「社会には本来、事前に予防策を講じて犯罪を防ぐ権利がある」（ミル・前掲注(39)212頁）という記述等と併せ考えれば、なお一層明らかとなる。この点の詳細については、別稿に譲りたい。
- (42) Mill, *op. cit.*, ch. I.
- (43) ミル・前掲注(39)32頁, Mill, *op. cit.*, ch. I.
- (44) ミル・前掲注(39)32頁, Mill, *op. cit.*, ch. I.
- (45) ここでの自由は、アイザイア・バーリンのいうところの消極的自由である。Isiah Berlin, *Liberty, Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, 1968; Isiah Berlin, Edited by Henry Hardy, Oxford University Press, 2002. 邦訳としては、アイザイア・バーリン〔小川晃一・小池銈・福田歓一・生松敬三訳〕『自由論』新装版（みすず書房, 1979年）参照。積極的自由と消極的自由の区別は、批判者が指摘するように容易ではない。とりわけ、自由主義国家というだけでなく福祉国家といわれる「現代リベラル」なあるいは「社会民主的な」国家においては、法は必ずしも消極的自由のみを守るものではない。しかしながら、刑法に限れば、刑法が社会のあらゆる場面に出て行って人々を統制するという不当なモデルを採用しないかぎり、なお最も謙抑的な領域、すなわち個人の消極的自由の保護にとどまるべきであって、刑法は個人が侵害・抑圧から自由であるという意味における自由のみを保護するのだと解するべきである。刑法における積極的自由と消極的自由の区別については江藤隆之「住居侵入と自由」桃山法学24号（2014）1頁以下参照。
- (46) 井田・前掲注(1)125頁参照。
- (47) ミルは「社会が個人に対して適切に行使しうる権力の性質と限界が、



この小論（＝『自由論』：引用者注）のテーマである」と冒頭に述べている。ミル・前掲注(39) 9 頁。

- (48) この点、ドイツ刑法240条が強要罪の過重類型と職権による強要を定めていることは正当であるといえる。Vgl. StGB § 240IV. nr. 2.
- (49) 団藤重光『刑法綱要各論』第3版（創文社、1990年）122頁は、「本罪が既遂に達するためには、義務のない事を行わせる行為または権利を妨害する行為があっただけでは足りず、現に、被害者の義務のない行為が行われたこと、または権利妨害の結果が発生したことを要するものと解するほかないであろう」と述べ、その注（同125頁注(10)）で「これは強制罪の規定（223条）と対比するとき、動かすことのできない結論だとおもう」と述べている。
- (50) ただし、共犯関係ではない議会関係者、徴税官吏等に対して本来は義務のない行為を行わせたのであれば、その者を相手方として本罪は既遂に達しうる。
- (51) もちろん、警察官の行動としては明らかに不正なものである。しかし、プライバシー権は、①自由主義原理から正当化される強要罪と並ぶ「行動」の自由ではなく、②興味本位の盗み見まで処罰の対象となってしまうことは不当であることなどの理由から、本罪の対象であるとはいえない。別の法で対処するべきである。
- (52) 判時2287号137頁。評釈として、前田雅英「最新刑事判例研究」捜査研究786号48頁以下。
- (53) 江藤隆之「監禁罪の保護法益について」桃山法学23号（2014）45頁以下。
- (54) 職務権限を限定する限定説と非限定説とが争っているが、いずれにせよ個人の自由を侵害するようなものでなければならぬので、伊東研祐が正当にも指摘するように両者に「実質的な差異は生じない」（伊東研祐「国家的法益に関する罪Ⅲ」法セミ No. 663（2010））といえるため、「相手方の行動選択に影響を与えうる程度の職権の濫用」と述べれば足りるだろう。
- (55) おそらく、職務行為に仮託していなければ国家的法益の侵害がないといった議論になるのであろうが、本罪の本質は公務員が法を背景に個人の自由を侵害するところにあるのであって、国家的法益侵害の有無によって本罪の成否が決定するわけではない。
- (56) 前田・前掲注(52)55頁は、「『過度の国家法益軽視』は許されない」という意味で、二元主義は現在でも維持すべきである」という。たしかに

前田のいうとおり、「国民にとって、『多くの国民に共通して関わる利益』としての国家的法益の重要性」は認められなければならない。しかし、本罪の条文からすれば、個人的法益の侵害がなければ本罪の成立は認められないのであって、いくら国家的法益が侵害されたとしても、個人的法益の侵害とは無関係に本罪の成立を肯定することはできないのである。

- (57) 団藤・前掲注(49)125頁。
- (58) Vgl. StGB § 240III und IV nr. 2.
- (59) 団藤・前掲注(49)120頁参照。